

Mario Dogliani

## La ricerca dell'ordine perduto

Scritti scelti

Saggi introduttivi di

Alessandra Algostino, Sergio Dellavalle, Gianmario Demuro,

Luca Geninatti Satè, Andrea Giorgi, Enrico Grosso,

Giulia Marzia Locati, Matteo Losana, Jörg Luther,

Valeria Marcenò, Ilenia Massa Pinto, Antonio Mastropaolo,

Francesco Pallante, Luciano Patruno, Anna Maria Poggi,

Chiara Tripodina, Riccardo Viriglio

I lettori che desiderano informarsi  
sui libri e sull'insieme delle attività della  
Società editrice il Mulino

possono consultare il sito Internet:

[www.mulino.it](http://www.mulino.it)

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, del Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali dell'Università del Piemonte Orientale, e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari.

## Indice

|  |      |
|--|------|
| Premessa   | p. 9 |
| Fonti  | 11   |
| PARTE PRIMA: TEORIA GENERALE   |      |
| <i>Teoria generale della costituzione: i diversi concetti di costituzione</i>  |      |
| Dalla tassonomia costituzionale alla riflessione critica, di Sergio Dellavalle   | 15   |
| Il giacimento sapienziale delle costituzioni, di Luciano Patruno   | 19   |
| Costituzione (dottrine generali), di Mario Dogliani  | 23   |
| <i>Periodizzazione storica della Costituzione</i>  |      |
| La periodizzazione della storia repubblicana come chiave per la comprensione della Costituzione, di Francesco Pallante | 43   |
| Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano, di Mario Dogliani   | 51   |
| <i>Teorie dell'interpretazione costituzionale</i>  |      |
| Contro la solitudine dell'interprete, di Chiara Tripodina  | 91   |
| Diritto costituzionale e scrittura, di Mario Dogliani  | 105  |

ISBN 978-88-15-26031-4

Copyright © 2015 by Società Editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo - elettronico, meccanico, reprografico, digitale - se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito [www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)

## PARTE SECONDA: FONTI DEL DIRITTO

*Potere costituente, potere di revisione costituzionale*

La nortola e il pipistrello. Potere costituente e revisione costituzionale tra lotta sulla costituzione e lotta per la costituzione, *di Enrico Grosso*

p. 135

Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione, *di Mario Dogliani*

147

Sulle ragioni della partecipazione alla Commissione per le Riforme costituzionali e sui rischi di una sottovalutazione del malfunzionamento delle istituzioni rappresentative, *di Andrea Giorgis*

177

Che ne è stato della Costituzione?, *di Mario Dogliani*

183

*Principio di legalità*

Il principio di legalità e il carattere formale del diritto come presupposti per la valorizzazione del principio rappresentativo, *di Luca Geninatti Satè e Valeria Marcenò*

193

Il principio di legalità: dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima, *di Mario Dogliani*

201

## PARTE TERZA: FORMA DI GOVERNO

*Potere di indirizzo politico*

L'indirizzo politico e il principio d'identità della politica, *di Gianmario Demuro*

223

Indirizzo politico, *di Mario Dogliani*

229

*Potere rappresentativo*

*Veritas constituitiois: quis interpretabitur?* Il problema dell'assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di «rappresentanza» e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo, *di Ilenia Massa Pinto*

257

L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento, *di Mario Dogliani*

269

Le virtù del partito politico, *di Alessandra Algostino*

p. 299

Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia, *di Mario Dogliani*

307

La politica dei partiti come «politica costituzionale», *di Antonio Mastropaolo*

319

Costituzionalismo intransigente, costituzionalismo indignato e cinismo costituzionale di fronte al dilemma: la democrazia fondata sulla politica organizzata è una causa persa?, *di Mario Dogliani*

325

Immunità parlamentari e «funzione "proiettiva" della rappresentanza politica», *di Matteo Losana*

335

Immunità e prerogative parlamentari, *di Mario Dogliani*

345

*Potere giudiziario*

Il mandato sociale del giudice, *di Jörg Luther*

397

Garanzie d'indipendenza della Magistratura, *di Mario Dogliani*

403

## PARTE QUARTA: FORMA DI STATO

*Regioni*

Le regioni e la riunificazione «politica» tra società civile e territori, *di Anna Maria Poggi*

433

Autonomie regionali e innovazione politica, *di Mario Dogliani*

439

*Guerra*

Pace per sé e guerra per gli altri, *di Riccardo Viriglio*

455

Il divieto costituzionale della guerra, *di Mario Dogliani*

461

*Religione*

La questione della verità e il ruolo pubblico della religione, *di Giulia Marzia Locati*

475

# Contro la solitudine dell'interprete

di Chiara Tripodina

## 1. Il «disordine» nei rapporti tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale

### «Disordine».

«Disordine nel rapporto tra le fonti [...]; disordine nei rapporti tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale [...]; disordine nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario [...]; disordine nell'attribuzione della responsabilità politica [...]; disordine nell'assetto della rappresentanza [...]; disordine nella cultura costituzionale delle forze politiche»<sup>1</sup>.

È il disordine – inteso come «allontanamento da un dover essere statuito»<sup>2</sup> – il dato fattuale «di immediata percezione»<sup>3</sup> da cui muove la più parte della riflessione di Mario Dogliani, che lo dichiara esplicitamente – come nello scritto citato – oppure no. Disordine che egli legge come «sintomo» – alla parola ricorrente nel suo lessico – della profonda «crisi che ha colpito il principio rappresentativo», con la perdita della sua centralità all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>4</sup>.

Tra quelli elencati, il profilo di disordine che Dogliani reputa di più forte incidenza sulla crisi del principio rappresentativo, e al quale dedica ampia parte della sua riflessione, è il «disordine nei rapporti tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale». In estrema sintesi, «il prepotente ingresso della giurisprudenza nell'attività di produzione del diritto»<sup>5</sup>.

Per Dogliani, tale disordine è uno degli elementi più evidenti della «deformalizzazione» che sta colpendo l'ordinamento giuridico: «il monopolio del circuito "rappresentanza politica – responsabilità politica – produzione del diritto" si sta infatti sgretolando», in uno scenario nel quale «il legame tra rappresentanza politica e produzione del diritto è destinato ad una posizione

<sup>1</sup> M. Dogliani, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 11, Seminario 2000*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 144.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

residuale e marginale, in nome dell'avvento di un diritto extra politico»<sup>6</sup>. Vale a dire, in nome di «una dinamica socio economica interpretata come capace di ricavare da sé le proprie leggi: una dinamica scorporata, distinta, separata dal processo politico», all'interno della quale «si colloca anche la giurisprudenza, soprattutto quella costituzionale, come luogo di consolidamento della discussione morale che si svolge nella società»<sup>7</sup>.

Il punto è questo: «si sta passando da un'idea del diritto (e della costituzione) come progetto consapevole di organizzazione della società ad un'idea di diritto (e della costituzione) come espressione spontanea dello stato di fatto della società stessa»<sup>8</sup>.

A fronte di tale passaggio in atto, taluni – i più – leggono in chiave di liberazione le nuove potenzialità che la deformalizzazione consente: considerano, infatti, una mera «finizione» il formalismo giuridico che riduce il diritto al suo «lato formale» (i testi normativi), e ne esaltano, per converso, «il lato materiale», identificandolo con la «morale sociale, intesa come un insieme diffuso e condiviso di principi di giustizia», da cogliere alla luce delle «interpretazioni che, sulla base della propria morale individuale, l'interprete assume della morale sociale stessa»<sup>9</sup>. In base a questa ricostruzione, «il lato formale» del diritto non sarebbe altro che «una sorta di contenitore, sempre aperto alle innovazioni socialmente prodotte»<sup>10</sup>: ciò che è veramente normativo non è la carta costituzionale, quanto piuttosto «il modello culturale di cui la carta è contingente espressione», nella realizzata scissione, ormai, «tra costituzione formale e costituzione culturale»<sup>11</sup>, intesa come dato «pre-politico (morale)»<sup>12</sup> che «trascende il testo scritto»<sup>13</sup> (è la corrente di pensiero ascrivibile al «neocostituzionalismo polemico»)<sup>14</sup>.

Altri – tra i quali può riconoscersi Dogliani – vedono invece con preoccupazione l'annuncio di questo fenomeno, convinti che «il rinsecchirsi del principio rappresentativo [...] direttamente i caratteri stessi della

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 143 s.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>9</sup> M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di un riflessione di Günther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in «Co-stituzionalismo.it», 2009, n. 3, p. 1.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 53.

<sup>12</sup> M. Dogliani, *Costituzionalismo e giusnaturalismo*, in «Teoria Politica», nuova serie, Annali I, 2011, p. 133.

<sup>13</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., p. 53.

<sup>14</sup> In M. Dogliani, *Costituzionalismo e giusnaturalismo*, cit., p. 130, Dogliani definisce il «neocostituzionalismo polemico» come «un movimento culturale in polemica con la matrice positivista del diritto costituzionale, di contestazione della sua struttura legalistico-formalistica, nell'intento di esaltarne, all'opposto, l'aspetto di diritto per principi e per valori».

democrazia»<sup>15</sup>, e tentano pertanto di «difendere il primato della politica democratica, discorsiva», dubitando del fatto che «la società pluralistica, poliarchica, policorporativa sia davvero capace di trovare dentro di sé le regole per sé stessa». In sintesi, «temono la fine degli ordinamenti giuridici incardinati attorno al principio rappresentativo», perché continuano a credere che «il paradigma hobbesiano sia tuttora sensato e che quindi un deficit di autorità politica possa inselvatichire la società, e in ogni caso allontanare le prospettive di una realizzazione del principio di uguaglianza»<sup>16</sup> (è la corrente di pensiero ascrivibile al «neopositivismo metodologico»).

## 2. La «lotta sulla costituzione»

Queste opposte letture della deformalizzazione del diritto presuppongono opposte teorie dell'interpretazione della costituzione, che presuppongono a loro volta, opposte concezioni della costituzione; tanto da potersi dire, a fronte di un tale dualismo antagonistico, che, in Italia, nell'attuale momento storico, sia «in corso una "lotta sulla costituzione"»<sup>17</sup>.

In particolare, quanto alle opposte teorie dell'interpretazione – posto che nel diritto costituzionale odierno la tendenza a identificare la norma con l'enunciato legislativo come esito di un'attività interpretativa meramente cognitiva è «ormai superata», essendo comune «il riconoscimento del ruolo creativo dell'interprete e del carattere valutativo decisionale dell'attività da esso condotta»<sup>18</sup> –, quel che a Dogliani preme mettere a fuoco è come tale «riconosciuta scissione tra norma ed enunciato legislativo [possa] essere intesa in modi diversi»<sup>19</sup>. Il problema nella sua essenza è se l'attività di interpretazione, come attività di scelta tra più opzioni possibili, «può essere oggetto di teoria, e dunque disciplinata da un ordine di regole vincolanti, oppure può essere solo scopo o bersaglio di ideologia»; se «l'attività dello scegliere è guidata da canoni definiti e gerarchizzati, il cui rispetto è giuridicamente dovuto, oppure l'atto dell'interprete è una "decisione" che spazia tra tutte le possibilità consentite dalle espressioni linguistiche contenute nel testo (costituzionale), per cui gli argomenti sono solo le giustificazioni che sorreggono e

<sup>15</sup> M. Dogliani, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 144.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 150 s.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>18</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in «Ars interpretandi», 1997, n. 2, p. 122 (in questo libro, p. 120). Nello stesso senso in M. Dogliani, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura oggi*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del convegno di Ferrara tenutosi nei giorni 2-3 maggio 1997, Padova, Cedam, 1998, pp. 45 ss.

<sup>19</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 123 (in questo libro, p. 121).

rendono accettabile la scelta effettuata, ma non i vincoli che hanno condotto ad essa; in estrema sintesi, se «la teoria dell'interpretazione è la teoria (il dover essere) dei percorsi obbligati dello scegliere, o è invece la teoria (la classificazione) delle forme delle scelte effettuate (e cioè degli aspetti con cui essa viene presentata ai destinatari e agli osservatori)»<sup>20</sup>. Esistono teorie orientate nell'uno e nell'altro senso.

Le «teorie normative dell'interpretazione» – nella loro versione moderna che dà per superato il cognitivismo – ritengono che le norme siano sempre – debbano sempre essere – «l'esito dell'attività di interpretazione delle fonti legali scritte»<sup>21</sup>; che nell'attività di interpretazione esista sì uno spazio di libertà, ma limitato e soprattutto controllabile, in quanto, pur essendo molti «gli argomenti utilizzabili dall'interprete [...] e rimessi alla sua scelta», tuttavia essi sono – devono essere – «governati dal principio di coerenza», inteso come «espressivo di un ordine logico intrinseco che appartiene all'ordinamento, in quanto è ad esso immanente»<sup>22</sup>; che, per conseguenza, il «carattere proprio» della giurisprudizione, e di quella costituzionale in particolare, sia – debba essere – la «controllabilità "logica" (con tutti i limiti entro i quali questa parola può essere usata a proposito dell'argomentazione giuridica) delle motivazioni che reggono i dispositivi delle sentenze»<sup>23</sup>, alla luce dell'ordine logico presupposto nell'ordinamento giuridico.

Le «teorie non normative (o prudenziali) dell'interpretazione» ritengono, invece, che le norme «non necessariamente rappresentino il frutto di un'attività di interpretazione delle fonti legali», potendo l'attività giurisdizionale consistere anche nell'«applicazione di parametri che non sono (non vengono presentati come) significati di disposizioni scritte»<sup>24</sup>; che, anche quando le norme rappresentino l'esito di un'attività *strictu sensu* interpretativa, sia «insopprimibile, nel passaggio dalla disposizione alla norma, un'autonoma scelta di valore dell'interprete compiuta sulla base di motivi extragiuridici, che non può essere vincolata ad un esito univoco e necessario dalle regole sull'interpretazione»; che sia cioè insopprimibile «l'esistenza di un vuoto, di un salto, di una soluzione di continuità che, dal punto di vista del diritto, sono lo spazio di una pura "decisione"»<sup>25</sup>, costituendo i canoni dell'interpretazione «un catalogo non solo non ge-

<sup>20</sup> M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, n. 1, pp. 529.

<sup>21</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 123 (in questo libro p. 121).

<sup>22</sup> M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., p. 530; coerenza che (p. 529) si trae «o risalendo alla volontà concreta dell'autorità» che ha prodotta le disposizioni legislative (argomento originalista), o sottoponendo le disposizioni legislative stesse «nel loro complesso (in quanto parti di un vasto tessuto di enunciati normativi) a procedimenti logicamente necessari» (interpretazione sistematica).

<sup>23</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., p. 56.

<sup>24</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 124 (in questo libro p. 123).

<sup>25</sup> M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., p. 530.

rarichizzato, ma anche aperto», per cui l'interprete è libero di scegliere l'argomento che ritiene più opportuno, e di forgiarne anche di nuovi<sup>26</sup>; che, per conseguenza, l'attività giurisdizionale non sia controllabile da un punto di vista logico alla luce dei canoni ermeneutici, ma al più la motivazione delle decisioni giudiziarie valga a spiegare perché, tra le molte opzioni interpretative possibili, se ne sia preferita una, e a persuadere circa tale preferibilità: a giustificare, dunque, la decisione, laddove «giustificare» significa dimostrare la giustizia sostanziale della norma concreta», facendo leva «sul "senso di giustizia" la cui intuizione si assume presupposta in una data società»<sup>27</sup>.

Per Dogliani, la differenza tra queste opposte teorie dell'interpretazione – quella più cruciale – sta «nella opzione – che l'una compie e l'altra rifiuta – di continuare ad affermare la doverosità, per l'interprete, di imputare alla costituzione» e in generale ai testi normativi «gli esiti dei suoi processi decisionali»<sup>28</sup>. Per l'una, scopo fondamentale dell'ermeneutica giuridica è rimanere collegati al testo e ricondurre a esso le interpretazioni che si impongono di fronte al caso concreto; per l'altra, sorreggere, sostenere, rendere possibile l'allontanamento dell'interpretazione dal testo.

Il diverso modo di intendere l'attività dell'interpretazione, e dell'interpretazione della costituzione in particolare, cela, a sua volta, diverse concezioni di costituzione. Per la «concezione recessiva di costituzione», rapportabile a una teoria normativa dell'interpretazione costituzionale, la costituzione va interpretata come «limite esterno ed estremo della legislazione»; pertanto, la portata normativa della disposizione sarà ridotta al «minimo consentito dalla formulazione linguistica degli enunciati» (cioè *minus ut valeat*), e conseguentemente «ciò che non confligge col divieto potrà essere dichiarato, *sic et simpliciter*, rientrante nella discrezionalità legislativa»<sup>29</sup>. Per la «concezione espansiva» di costituzione – o meglio per la concezione espansiva che si pone in continuità con le teorie prudenziali dell'interpretazione costituzionale<sup>30</sup> –, essa va invece iper-interpretata, «cercando di spremere [n]e tutti i succhi possibili» (cioè *magis ut valeat*), inevitabilmente «sovrapponendogli "un qualche sistema concettuale" altamente opinabile»<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 533.

<sup>27</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 131 s. (in questo libro, p. 128).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 127 (in questo libro, pp. 124-125).

<sup>29</sup> M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., p. 538.

<sup>30</sup> «Ma non è affatto questo il percorso, né primo e principale, che consegue all'assunzione del punto di vista "espansivo" [della costituzione...]. Interpretarla *magis ut valeat* può anche solo significare «sostanziale e definire quei divieti [costituzionali], restringendo lo spettro delle interpretazioni compatibili, attraverso un discorso che non si limiti (come quello fondato sulla concezione recessiva) a considerare incompatibili solo le interpretazioni che richiederebbero un radicale stravolgimento linguistico della disposizione costituzionale» (M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., p. 538).

<sup>31</sup> M. Dogliani, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., p. 538.

Per Dogliani, le opinioni dominanti tra i costituzionalisti – quelle teorizzate o quelle implicitamente praticate – sono nel senso dell'interpretazione prudenziale della costituzione e di una sua concezione (iper-)espansiva: «il quadro teorico implicito in cui si muove il diritto costituzionale odierno» è, infatti, quello per cui l'attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali «non è un'operazione vincolata dal diritto», bensì «un atto di scelta che non dipende se non dall'apprezzamento di un valore come preferibile»<sup>32</sup>, e in cui la costituzione – nonostante, e anzi proprio perché, iper-interpretata – non è che mero pretesto per l'affermazione del valore stesso.

Ed è proprio in questo quadro teorico che, per Dogliani, ha potuto trovare fondamento e legittimazione il disordine tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale.

### 3. «*Gubernaculum*» e «*iurisdictio*»

Che non è solo un disordine a livello di fonti del diritto, ma che si ripercuote anche a livello di forma di governo: nel momento in cui il potere giudiziario «ha cessato di essere un potere burocratizzato servente un ordine normativo incentrato sulla legge, e si è trasformato in un potere anch'esso creativo dell'ordine giuridico», ha finito con il riprodurre «un assetto che richiama, più che la illuministica tripartizione dei poteri, la medioevale bipartizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*»<sup>33</sup>.

Ma – dice Dogliani – è evidente che se il soggetto cui è conferito il compito di applicare e interpretare i testi normativi ne diviene il creatore, egli «cesserà di essere interprete e diventerà qualche cosa d'altro: diventerà un rappresentante», per quanto non elettivo<sup>34</sup>: un organo che trae la sua legittimazione non dal voto dei cittadini né dalla legge che applica, ma «dalla funzione mediatrice (produttiva di unità politica) che svolge»; dunque dalla sua «funzione "responsiva"», intesa come capacità di offrire «una soluzione efficace, rispondente alle attese, ragionevolmente condivisibile» rispetto alle domande sociali che gli vengono rivolte<sup>35</sup>. Nella capacità di adempiere questa funzione risiede il fondamento di legittimità delle sue decisioni.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 533.

<sup>33</sup> M. Dogliani, *Potere rappresentativo e potere giurisprudenziale*, in «Critica Marxista», 1998, nn. 2-3, pp. 15. Nello stesso senso M. Dogliani, *Relazione*, in A. Pizzorusso, R. Romboli e E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 301 ss.

<sup>34</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 128 (in questo libro, p. 126).  
<sup>35</sup> *Ibidem* (in questo libro, p. 126).

### 4. Dalla teoria dei valori alla tirannia dei valori: la «solitudine dell'interprete»

Con l'ingresso della giurisprudenza nell'attività di produzione del diritto – e alla luce dei presupposti teorici di cui si è detto – si è assistito, simmetricamente, all'«espansione della "teoria dei valori"», ossia alla diffusione della concezione secondo la quale «l'essenza costituzionale riposa nei valori», in quanto «dietro e, ancor prima, a fondamento degli stessi enunciati... stanno e non possono non stare i valori»<sup>36</sup>.

Questa «concettologia del valore», per Dogliani, conduce a intendere l'esperienza giuridica come un «processo di invernamento dei valori in una delle loro possibili manifestazioni storiche»<sup>37</sup>. I valori, infatti, sono «per definizione sempre aperti ad un nuovo invernamento storico, ad un nuovo congiungimento che definisca la forma del "bene possibile"»; elementi astratti di «una combinazione possibile, sempre aperta e sempre nuova, che sta solo all'interprete formulare»<sup>38</sup>. Presupposto dell'interpretazione, secondo la teoria dei valori, diventa così la «solitudine dell'interprete»: «l'interprete è solo davanti al testo. I significati tra i quali sceglie sono mere potenzialità degli enunciati»<sup>39</sup>.

Ma, per Dogliani, l'esito di questa «signoria del volere» dell'«uno», di questa «soggettiva volontà di potenza»<sup>40</sup>, non può che essere l'incessante moltiplicazione dei significati normativi delle proposizioni costituzionali, la loro «rarefazione», nonché, di conseguenza, la «pieghevolezza» della costituzione stessa<sup>41</sup>. Se, a ogni conflitto che si affacci nella società, la costituzione viene trascinata nella lotta dei «valori» e il suo senso complessivo posto in discussione, il pericolo concreto è che vengono continuamente ridefiniti «non solo i significati delle singole disposizioni costituzionali, ma, soprattutto, l'unità di senso della costituzione»<sup>42</sup>, ridotta a «babele di interpretazioni contrastanti e reciprocamente irriducibili»<sup>43</sup>.

La «teoria dei valori» diviene così «tirannia dei valori»<sup>44</sup>: «lotta eterna dei valori e delle concezioni del mondo», «guerra di tutti contro tutti»: «ciò che [per] l'uno è il diavolo, diviene qui per l'altro un dio»<sup>45</sup>.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 129 (citando A. Ruggeri, *Il pluralismo tra regole e principi costituzionali sulla produzione giuridica*, in «*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*», II, Torino, Giappichelli, 1996, p. 248) (in questo libro, p. 126).

<sup>37</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., pp. 129 ss. (in questo libro, p. 127).  
<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 134 (in questo libro, p. 130).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 134 (in questo libro, p. 130).

<sup>40</sup> M. Dogliani, *I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia?*, in M. Dogliani e S. Siccardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 45.

<sup>41</sup> M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 91.

<sup>42</sup> M. Dogliani, *La lotta per la Costituzione*, in «Diritto pubblico», 1996, n. 2, p. 294. Anche M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., pp. 111 ss. (in questo libro, p. 112).

<sup>43</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 112 (in questo libro, p. 112).

<sup>44</sup> L'espressione «tirannia dei valori» è di Nicolai Hartmann, *Ethik*, 1926, ripresa da C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1970, pp. 1 ss.

<sup>45</sup> M. Weber, *Wissenschaft als Beruf*, 1919, citato da C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, cit., pp. 18 ss. Conclude Schmitt: «in una comunità, la cui costituzione prevede un legislatore e

### 5. La scorciatoia della «costituzione dei diritti»

Tutto ciò è, per Dogliani, evidente in modo emblematico nella giurisprudenza in materia di diritti fondamentali.

La sua tesi è che l'amministrazione dei diritti fondamentali in un contesto di costituzione scritta e rigida abbia prodotto «una contraddizione inevitabile e insanabile» tra «il ruolo e le prerogative della rappresentanza [e] il ruolo e le prerogative della giurisdizione, generando una tensione tra i "diritti" della democrazia e i "diritti" tout court»<sup>46</sup>.

Uno degli elementi più sintomatici di questa contraddizione è il fatto che i principi, intesi come norme enunciatrici di diritti fondamentali, possono – almeno secondo la tesi oggi maggioritaria nel nostro paese – non consistere in significati di disposizioni, ma in «valori prodotti dalla coscienza sociale del tempo», che vengono recepiti nella costituzione attraverso l'opera degli interpreti, o per mezzo della formula dell'art. 2, «vera e propria fonte sulla produzione di norme costituzionali»<sup>47</sup>, o per mezzo della tecnica della «specificazione» dei principi, impiegata come «trasformatore permanente» di valori in diritto costituzionale<sup>48</sup>. Con l'esito che la costituzione viene armeggiata «come un "tutto spirituale" capace di trasformare in diritto, ad opera degli interpreti, le attese che la coscienza sociale del tempo fa emergere»<sup>49</sup>.

Come se, «dopo la fine delle grandi narrazioni, delle ideologie, della lotta di classe, dell'azione collettiva, dei partiti di massa, del governo (che viene surrogato dalla *governance*), della politica (che si pluralizza nelle *politics* e nelle *polities*), della storia, della scalata al cielo...», la costituzione si fondasse direttamente «sulla società, anzi sui singoli cittadini, che trovano in essa la carta dei "loro" diritti». Dalla «costituzione dell'armistizio tra forze organizzate», alla costituzione del «diretto "dialogo" dei singoli con i principi costituzionali»<sup>50</sup>.

Se non che – conclude amaramente Dogliani – questa «scorciatoia della "costituzione dei diritti"» finisce per rattrappire il ruolo della costituzione «esclusivamente nel circuito Corte costituzionale-giudice-individui, dunque nel circuito delle garanzie», assumendo il problema dell'integrazione, della costruzione dell'unità politica, della politica costituzionale come «risolto e scontato»<sup>51</sup>.

delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui date stabilire la mediazione mediante regole determinabili e attuabili, ed evitare il terrore dell'attuazione immediata ed automatica del valore».

<sup>46</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., p. 45.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>50</sup> M. Dogliani, *Validità e normatività delle costituzioni, (a proposito del programma di «Costituzionalismo.it»)*, in «Costituzionalismo.it», 2004, n. 2, p. 3.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

Ma se la costituzione è la garanzia di un insieme di pretese, «che cosa "costituisce" il contesto entro il quale quelle pretese possano trovare soddisfazione? Come si può vedere solo nei giudici e nella Corte i portatori e gli attori della costituzione?»<sup>52</sup>.

### 6. La «resistenza»: l'ansia ordinatrice contro il disordine montante

Fin qui il disordine. Ma Dogliani non intende certo esaurire il suo compito con la descrizione del disordine. Per lui è essenziale «tornare continuamente ad argomentare le buone ragioni»<sup>53</sup> dell'ordine tradito, e spendersi nel tentativo di ripristinare il «dover essere», pur nella dichiarata consapevolezza che è una posizione di retroguardia, «sparsa e minoritaria»<sup>54</sup>, che la maggioranza spinge altrove.

«L'ansia ordinatrice contro il disordine montante»: così si potrebbe sintetizzare la missione di Dogliani costituzionalista.

Usa – non a caso, con tutto ciò che evoca – la parola «resistenza» per indicare l'atteggiamento di coloro che, schierandosi apertamente contro la deformalizzazione del diritto e rifiutando il *pack constitutionalism* – il «costituzionalismo del branco» che si accoda «alle parole d'ordine e agli slogan dominanti»<sup>55</sup> –, continuano a lottare «per la Costituzione», quella del 1947, in quanto ritengono che sia questa, «pur rinnovata in alcune parti organizzative», a dover continuare a «guidare la vita della Repubblica»<sup>56</sup>.

Per Dogliani sono due le linee di pensiero che animano la resistenza: l'una «muove dalla polemica contro l'«irenismo» costituzionale, che occultava la durezza politica delle questioni coinvolte dall'«amministrazione» dei diritti, e sottolinea la preoccupazione per i prezzi che esso impone alla democrazia politica, emarginata dai comportamenti delle giurisdizioni interne e sovranazionali che considerano tali diritti come auto esecutivi». L'altra «muove dalla polemica contro la deriva che fa perdere alla giurisdizione, e in particolar modo a quella di costituzionalità, il suo carattere proprio, che dovrebbe consistere nella controllabilità "logica" (con tutti i limiti entro i quali questa parola può essere usata a proposito dell'argomentazione giuridica) delle motivazioni che reggono i dispositivi delle sentenze»<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> M. Dogliani e I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 119.

<sup>55</sup> M. Dogliani, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti, Milano, 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004, p. 210.

<sup>56</sup> Da ultimo, M. Dogliani e I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, cit., p. 119.

<sup>57</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 55 ss. Emblematica della seconda via l'idea che sta alla base della sezione *Tecniche interpretative della Corte costituzionale* nel



Ciò che accomuna i resistenti è la preoccupazione per il fondamento di validità della costituzione: «i costituzionalisti che intendano difendere la Carta del '47» non possono, infatti, continuare a dare per presupposta la sua validità, «come un dato, come una premessa che sta prima e fuori del loro discorso», se non al prezzo di «sviluppare argomentazioni fragili – per non dire ottuse – perché esse suonano solo come pronunciate *ex auctoritate*, mentre è proprio il riconoscimento di quell'*auctoritas* che deve essere argomentato»<sup>58</sup>. Il patto fondativo della costituzione non è, infatti, «un esperimento mentale (un mito-parametro), né una fattispecie collocata nel passato e stabilita una volta per tutte, ma un processo continuo che deve essere oggetto di continua e consapevole manutenzione»<sup>59</sup>.

### 7. La «dottrina morale» dei giudici

Come combattere, dunque, le derive della deformalizzazione e prendere sul serio la questione del fondamento di validità della costituzione e della sua manutenzione?

Negli scritti di Dogliani sono rintracciabili due possibili strade, da percorrere non in alternativa, ma in combinazione tra loro, da attori diversi.

La prima strada è quella che riguarda l'«atteggiamento morale» dei giudici di fronte alla legge. Per Dogliani i giudici debbono cessare di rivendicare la loro solitudine nel momento dell'interpretazione; la loro «libertà di dissenso»<sup>60</sup>: la sentenza non può essere presentata come un «atto arbitrario della persona fisica che l'ha emessa»<sup>61</sup>; né come l'«esito di una questione da risolvere secondo il suo gusto»<sup>62</sup>. Questo urta contro la pretesa di desoggettivizzare l'applicazione del diritto: la pretesa, cioè, di configurare la decisione giudiziaria «sempre e solo come applicazione di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del "piccolo uomo" che fisicamente la pronuncia»<sup>63</sup>. Pretesa che persiste nell'ordinamento giuridico italiano, e che spiega il persistere, a sua volta, del cognitivismo, non più e

sito *Archivio di Diritto e storia costituzionali* ideato e co-diretto da Dogliani, un sito che «invita a rivalutare le scienze del diritto come scienze vincolate a testi».

<sup>58</sup> M. Dogliani, *Validità e normatività delle costituzioni*, cit., p. 1.

<sup>59</sup> M. Dogliani, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, cit., p. 220.

<sup>60</sup> M. Dogliani, *Intervento, in Tempi e qualità della Giustizia*, a cura di E. Bruti Liberati, Atti del XXVI Congresso Nazionale Associazione nazionale magistrati, Salerno, 28 febbraio-3 marzo 2002, Milano, Ipsoa, 2004, p. 89.

<sup>61</sup> M. Dogliani, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scossa pascaliana» della ragione giuridica*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, n. 1, p. 586 (in questo libro, p. 488).

<sup>62</sup> *Ibidem* (in questo libro, p. 487).

<sup>63</sup> M. Dogliani, *Interpretazione (voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, vol. IV, p. 3187.

non tanto come teoria dell'interpretazione<sup>64</sup>, bensì come dottrina – «dottrina morale» – dell'interpretazione<sup>65</sup>.

Configurare il cognitivismo come dottrina morale significa pretendere che l'interprete, consapevole della funzione pubblica che svolge, si comporti «come se» un'interpretazione esatta, così definibile in quanto si dimostri inattaccabile da tutte le altre ipotizzabili, esista<sup>66</sup>. Dunque egli «non deve arrestarsi, nell'ascrivere significati agli enunciati, finché non si sia convinto che non esiste interpretazione migliore di quella che ritiene di dover pronunciare»<sup>67</sup>; che appaia, alla sua responsabilità, «come "vera"»<sup>68</sup>, in una sorta di «test kantiano di universalizzabilità»<sup>69</sup>.

È questo, per Dogliani, un «nodo politico-culturale ineliminabile»: si deve prendere atto del fatto che, se si vuole evitare che la giurisdizione venga percepita come arbitrio, «è necessario che tra i giudici – soprattutto tra quelli cui è attribuita la funzione di controllo – rimanga fermo il principio per cui la sola interpretazione «dicibile» è quella di cui si ha la certezza morale che sia insuperabile». Solo questa «lotta con l'angelo garantisce la terzietà oggettiva della legge»<sup>70</sup>. E, applicato all'interpretazione della costituzione, solo questo impegno morale può produrre, attraverso la costanza dei processi interpretativi, quella «consuetudine di riconoscimento» – intesa come «l'insieme delle interpretazioni stabilizzate che investono tutte le materie della costituzione scritta»<sup>71</sup> –, in grado di preservare l'unità di senso della costituzione contro la babele delle sue possibili interpretazioni.

### 8. La virtù della «legge senza valore»

La seconda strada contro la deformalizzazione sta nella riscoperta della «virtù della legge intesa come disciplina politica che non deriva la sua validità da alcun ordinamento morale o da alcuna costellazioni di valori»<sup>72</sup> – la legge «senza valore» di Kelsen –, «valida solo per la sua procedura di approvazione (in democrazia, compromissoria), approvata a maggioranza semplice perché

<sup>64</sup> Le teorie dell'interpretazione «mirano a descrivere ciò che l'interpretazione è, e dunque ciò che gli interpreti fanno»: *ibidem*, p. 3182.

<sup>65</sup> Le dottrine dell'interpretazione «mirano a prescrivere ciò che l'interpretazione dovrebbe essere, e dunque ciò che gli interpreti dovrebbero fare»: *ibidem*, p. 3182.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 3187.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> M. Dogliani, *Relativismo morale, relativismo costituzionale*, cit., pp. 586 ss.

<sup>69</sup> M. Dogliani, *Costituzionalismo e giusnaturalismo*, cit., p. 135.

<sup>70</sup> M. Dogliani, *Interpretazione (voce)*, cit., p. 3188.

<sup>71</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 107 (in questo libro, p. 108).

<sup>72</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., p. 59.

ne sia garantita la più facile reversibilità<sup>73</sup>. Il fascino discreto, insomma, della «povera legge, esito [...] di un nudo voto»<sup>74</sup>, in quanto espressione dell'«unico arbitrio legittimato a (nel senso di "immaginabile come capace di", in forza del principio *quoad omnes tangit ab omnibus comprobetur*) risolvere i conflitti d'interesse, o ideologici, che attraversano la società»<sup>75</sup>.

Se, infatti, «l'inerzia della ragione politico-rappresentativa ha aperto ampi spazi all'intervento della ragione ermeneutica», allora solo l'esercizio più attento e continuo della ragione politico-rappresentativa «può riequilibrare, di fatto, il rapporto tra i poteri»<sup>76</sup>.

Sempre che «si continui a credere, o a scommettere, che i benefici di una discussione pubblica, destinata ad essere arbitrata in parlamento, siano superiori a quelli di qualunque altra forma di decisione», in quanto solo tale discussione è «un'immagine dei procedimenti attraverso i quali si può conseguire l'oggettività propria del diritto: l'oggettività della semplice universalità»<sup>77</sup>. E sempre che «il Parlamento non continui ad essere il peggior nemico di se stesso»<sup>78</sup>. «solo una legge nobile»<sup>79</sup>, infatti, fa sì che questa strada valga la pena di essere intrapresa.

### 9. Il ritorno alla «politica costituzionale»

La resistenza alla deformalizzazione attraverso queste due strade può essere riassunta nel ritorno alla «politica costituzionale», come luogo in cui «fondazione della validità e determinazione del significato complessivo unitario della costituzione [...] si identificano»<sup>80</sup>.

Ciò che maggiormente Dogliani imputa alla deformalizzazione è, infatti, in ultima analisi, l'aver radicalmente semplificato il «delicato circuito che va dal testo costituzionale alle forme effettive nelle quali vive»<sup>81</sup>: aver ridotto *tout-court*,

<sup>73</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso M. Dogliani, *Relativismo morale, relativismo costituzionale*, cit., p. 592.

<sup>74</sup> M. Dogliani, *Introduzione*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Milano, Giuffrè, 2012, p. 3.

<sup>75</sup> M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII convegno di studi di Scienze dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2008, p. 75 (in questo libro p. 211).

<sup>76</sup> M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 58 s.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>79</sup> M. Dogliani, *Interpretazione* (voce), cit., p. 3188.

<sup>80</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 112 (in questo libro p. 112).

<sup>81</sup> M. Dogliani, *Teoria della Costituzione e giustizia costituzionale*, in P. Carnevale e C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 45.

in modo esclusivo, la garanzia della rigidità al «controllo giurisdizionale di costituzionalità»<sup>82</sup>, e finito con l'identificare la costituzione «con la sequenza delle pronunce giurisdizionali stesse», facendo venire meno l'attenzione per «le forme "politiche" dell'effettività»<sup>83</sup>. Ma la corte costituzionale «può custodire e arricchire» la costituzione; non può certo direttamente produrla né renderla valida (riconoscerla) da sola: «le tavole della legge devono stare prima del loro interprete»<sup>84</sup>.

Occorre allora, per Dogliani, contro il disordine della deformalizzazione e contro la solitudine dell'interprete, riscoprire e recuperare l'effettività e l'unità di senso della costituzione come «grandioso fatto sociale», che va «dal testo "politicamente" voluto dalle forze costituenti alla percezione diffusa della sua doverosità; dall'effettività "complessiva", che a questa percezione consegue, alle prassi, convenzioni, consuetudini interpretative, e integrative che i soggetti politici collettivi e gli organi costituzionali producono, e, sottesa a tutti questi passaggi, alla attribuzione e alla rielaborazione di significati compiuta riflessivamente dalla cultura giuridica e dalla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale»<sup>85</sup>. È ciò che Dogliani riassume nella formula «politica costituzionale»: quel «complesso di attività - culturali, giurisprudenziali, legislative e (si dovrebbe aggiungere) politiche in senso stretto -, per mezzo delle quali si ridefiniscono continuamente non solo i significati delle singole disposizioni costituzionali, ma, soprattutto, appunto, l'unità di senso della costituzione nel suo complesso»<sup>86</sup>.

Il contenuto della costituzione, dunque, non è più solo quello che coincide con i principi politici portati nel momento costituente dalle forze politiche dominanti, ma «è quello che consegue all'insieme delle attività riassunte nell'espressione "politica costituzionale"». E, d'altro lato, la costituzione è valida «non perché voluta (o riconosciuta come punto d'equilibrio) dalle forze politiche dominanti, ma perché riconosciuta come punto di riferimento pratico, e cioè come oggetto di interpretazione (e simultaneamente come parametro per le questioni successive) dai diversi soggetti cui essa stessa affida la propria applicazione»<sup>87</sup>.

Ma la politica costituzionale può realizzarsi ed esistere «solo se gli interpreti costituzionali si sentono vincolati dal dovere di portarla in essere»; ovvero se presuppongono al loro agire «l'esistenza di una regola non scritta in forza della quale gli interpreti (Parlamento, Corte costituzionale, giudici, dottrina...)», non solo «riconoscono il testo della costituzione come un documento all'interpretazione del quale deve essere ricondotta in ultima istanza la soluzione

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>84</sup> M. Dogliani, *Relazione*, cit., p. 309.

<sup>85</sup> M. Dogliani, *Teoria della Costituzione e giustizia costituzionale*, cit., p. 45.

<sup>86</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 111 (in questo libro, p. 112).

<sup>87</sup> *Ibidem* (in questo libro, p. 112).

di tutti i problemi giuridici», ma, soprattutto, «devono tendere ad assegnare al testo della costituzione scritta un significato complessivamente unitario»<sup>88</sup>, al quale si approda «alla luce della lunga sequenza di esperienze politiche e intellettuali che ne costituiscono il presupposto»<sup>89</sup>.

L'interprete che attinga a questa sequenza per chiarire il senso della costituzione, in sé e nelle sue parti, «non fa altro che esercitare un segmento – seppur difficile – del suo mestiere»<sup>90</sup>; non cerca di fondare la validità della costituzione «su valori a loro volta indimostrabili (prendendo una pericolosissima china)», ma soltanto «di chiarire, di riportare criticamente alla luce, i giudizi che, di fatto, hanno prodotto l'effettività della costituzione di cui pretende di affermare la (perdurante) validità»<sup>91</sup>. Questa ripresa di giudizi in chiave di fatti che sono stati storicamente efficaci «potrebbe apparire – data l'abitudine dei giuristi a non praticarla – come una argomentazione “in parallelo”, ulteriore, rispetto a quelle canoniche sulla validità, ma, in realtà, ne costituisce il cuore»<sup>92</sup>.

E costituisce fors'anche, per Dogliani, il cuore del mestiere di costituzionalista, che – se non vuole essere mero caudatario – deve impegnarsi, quando sostiene una posizione di «politica della costituzione», nel garantirne in ogni caso «il carattere non strumentale, non effimero, il più possibile universalistico, il più possibile conforme alla natura delle norme costituzionali»<sup>93</sup>.

La convergenza degli sforzi degli attori e degli interpreti costituzionali – ritrovati nella loro pluralità e complessità – verso il mantenimento dell'unità di senso della costituzione e la manutenzione della sua effettività è ciò che li rende non più «piccoli uomini soli», ma «politica costituzionale», ed è, in ultima analisi, il «dover essere» che per Dogliani va praticato contro la deformalizzazione dell'ordinamento giuridico.

Tutto questo – qualcosa di più, qualcosa di meno – nello scritto di Dogliani, che qui di seguito si ripropone in lettura<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> M. Dogliani, *Validità e normatività delle costituzioni*, cit., p. 2.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> M. Dogliani, *Postfazione*, in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2012, p. 239.

<sup>94</sup> Questo «scritto introduttivo» non è meramente illustrativo dello scritto di Mario Dogliani che segue, ma è esito di una lettura trasversale di molti suoi scritti, e del conseguente tentativo di una riflessione di sintesi. In *Diritto costituzionale e scrittura* il tema del rapporto tra interprete e costituzione è sviluppato particolarmente nei paragrafi 3 e 7-10.

## Diritto costituzionale e scrittura

di Mario Dogliani

1. Come viene configurato, dal costituzionalismo italiano contemporaneo, il rapporto tra diritto costituzionale e scrittura?

Questa domanda può essere intesa in modi diversi, a seconda che la scrittura venga considerata (in un discorso storico-comparatistico) come un elemento caratterizzante il concetto stesso di costituzione in senso moderno; oppure (in un discorso sulla produzione-interpretazione del diritto) come un elemento caratterizzante la costituzione in quanto fonte legale.

Nel primo caso la domanda si articolerà in questioni del tipo la scrittura (e ciò cui essa rinvia: l'essere la costituzione un atto prodotto in un momento storico preciso con la consapevolezza di «fare una costituzione»...) quanto profondamente separa, e rende discontinuo, il costituzionalismo moderno da quello antico? O il costituzionalismo continentale da quello inglese? E anche: quanto la scrittura (e ciò cui essa rinvia) di per sé fonda una «naturale» rigidità delle costituzioni<sup>1</sup>, al di là dei procedimenti speciali di revisione e delle garanzie giurisdizionali della loro superiorità gerarchica che esse eventualmente prevedano?

Nel secondo caso la domanda si traduce nell'interrogativo se tutte le norme fatte valere come costituzionali siano presentate come significati di disposizioni contenute nel testo della costituzione (o di fonti ad essa parzialmente equiparate), o se invece si ammetta l'esistenza di norme costituzionali non riconducibili ad alcuna di quelle disposizioni.

Un ulteriore problema che deve essere esaminato per completare la ricognizione dei termini in cui si può porre il rapporto tra diritto costituzionale e scrittura è quello del fondamento della validità delle costituzioni scritte. Appare infatti intuitivo che queste ultime non siano in grado di spiegare esse stesse la causa della loro validità (e della loro legittimità/effettività), e che necessariamente rinvino a qualcosa che sta fuori di loro, e dunque ad un qualcosa di «non scritto».

<sup>1</sup> A. Pace, *La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 4085 ss.; Id., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, Cedam, 1996.